

Kartellrecht: Ersatz des kartellbedingten Schadens: Schienenkartell

Thiede, Thomas

Veröffentlichungsversion / Published Version
Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Thiede, T. (2019). Kartellrecht: Ersatz des kartellbedingten Schadens: Schienenkartell. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 5, 200-209. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-65257-8>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Von einer weiteren Öffnung würden im Rahmen des Beihilferechts besonders zwei Klägergruppen profitieren, die auch nach Montessori weiterhin hohen Hürden bei der Aktivlegitimation nach Art. 263 AEUV begegnen: Es sind dies erstens Wettbewerber von Einzelbeihilfeempfängern, denen bislang eine intensive Verfahrensbeteiligung abverlangt wird, sowie zweitens die Begünstigten einer Beihilferegelung, für die der *EuGH* annimmt, dass ihnen gegenüber (anders als gegenüber den von Montessori erfassten Nichtbegünstigten) Durchführungsmaßnahmen gesetzt werden (nämlich jene der Beihilfegewährung durch die nationalen Behörden). Ihre Klagsbefugnis nach Art. 263 AEUV soll daher überhaupt ausgeschlossen sein. Die Begünstigten einer Beihilferegelung werden somit auf den nationalen Rechtsweg verwiesen, usw. auch dann, wenn die nationalen Anträge aussichtslos sind, weil die Kommission über die Beihilferegelung negativ entschieden hat.

Ihnen wird daher abverlangt, was der *EuGH* für die Nichtbegünstigten einer Beihilferegelung als abwegiges Erfordernis bezeichnet hatte,⁷³ nämlich einen aussichtslosen nationalen Rechtsweg zu beschreiten, um Zugang zu einem Unionsgericht zu erhalten. Der dem zugrunde liegende Wertungsunterschied ist umso weniger nachvollziehbar, als es leicht argumentierbar gewesen wäre, den materiellen Ansatz nach Montessori, wonach die Konkretisierung der Empfänger einer Beihilferegelung keine Durchführung i.S.d. Art. 263 AEUV darstellt, auch auf die Gruppe der Begünstigten einer von der Kommission für unzulässig befundenen Beihilferegelung zu erweitern.

So sehr es zu begrüßen ist, dass Wettbewerber bei Beihilferegelungen nunmehr erleichtert klagen können und damit die wohl größte bestehende Rechtsschutzlücke befüllt wurde, so wenig ist es einzusehen, warum diese Gruppe nunmehr

weitaus geringeren Hürden begegnet als z.B. Wettbewerber im Fall von Individualbeihilfen. Die unterschiedlichen Stränge dieser Rspr. finden nicht zusammen und überzeugen nicht. Weiterhin schießt Der *EuGH* bei der Verfolgung des an sich berechtigten Anliegens, Art. 263 AEUV nicht zu einer Popularklage zu entwickeln, mit Kanonen auf Spatzen.

In Montessori verliert der *EuGH* in seinem Sprung zur Verbesserung des Rechtsschutzes auf halber Strecke den Schwung. Die Gelegenheit einer Konsolidierung der Klagsvoraussetzungen im Beihilferecht wurde nicht ergriffen. Gleichzeitig ist aber Montessori doch ein Signal dafür, dass in die Frage einer großzügigeren Handhabung der Klagsvoraussetzungen des Art. 263 AEUV am *EuGH* wieder Bewegung gekommen ist. Es ist bekannt, dass in dieser Frage nicht nur Auffassungsunterschiede zwischen einem tendenziell progressiveren *EuG* und dem *EuGH* bestehen, sondern auch unter den Mitgliedern des *EuGH*.

Es besteht daher eine gewisse Hoffnung, dass im Beihilferecht und darüber hinaus weitere Vorstöße zur Überwindung der Judikaturlinien Plaumann und Inuit in Fällen reiner Administrativbeschlüsse folgen könnten. Das Werkzeug dafür ist mit dem Verzicht auf die individuelle Betroffenheit bei Nichtgesetzgebungsakten in Art. 263 AEUV vorhanden. Der Himmel würde nicht über uns und den Unionsgerichten zusammenbrechen, wäre in sämtlichen Fällen reiner Administrativ- bzw. Durchführungsrechtsakte, also entgegen Inuit gerade auch für individuelle Administrativakte, bei stichhaltiger Darlegung bereits der unmittelbaren Betroffenheit der Klagsweg zum *EuG* eröffnet. ■

73 Vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2018:873 = BeckRS 2018, 27420 Rn. 66 – Montessori u.a.

Rechtsprechung

Kartellrecht: Ersatz des kartellbedingten Schadens – Schienenkartell

GWB 2005 § 33 III

Mit dieser Grundlagenentscheidung im Kartellschadensrecht hat sich der BGH zum ersten Mal mit dem Anscheinsbeweis in Kartellschadensersatzprozessen auseinandergesetzt.

Tenor des Gerichts:

Bei einem Quoten- und Kundenschutzkartell sind die Voraussetzungen für einen Anscheinsbeweis weder hinsichtlich des Eintritts eines Schadens noch hinsichtlich der Kartellbefangenheit einzelner Aufträge erfüllt.

BGH (*Kartellsenat*), Urteil vom 11.12.2018 – KZR 26/17 (OLG Karlsruhe)

Zum Sachverhalt: Die Kl. nimmt die Bekl. auf Ersatz kartellbedingten Schadens in Anspruch. Die Bekl. befasst sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Weichen und Schienen. Sie ist Gesamtrechtsnachfolgerin der S-GmbH. Die Kl., ein regionales Verkehrsunternehmen, erwarb im Zeitraum 2004 bis März 2011 in 16 Fällen von der Bekl. oder deren Rechtsvorgängerin Gleisoberbaumaterialien. In 13 Fällen lagen den Verträgen Vertragsbedingungen zugrunde, die u.a. folgende Klausel enthielten: „Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der

Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er 15 % der Abrechnungssumme (ab 2006: der Auftragssumme) an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird. Dies gilt auch, wenn der Vertrag gekündigt wird oder bereits erfüllt ist. Sonstige vertragliche oder gesetzliche Ansprüche des Auftraggebers, insbesondere aus § 8 Nr. 2, bleiben unberührt.“

Mit Besch. vom 18.7.2013 verhängte das BKartA gegen die Bekl. wegen Beteiligung an dem Kartell der „Schienenfreunde“ ein Bußgeld. Nach den Feststellungen des rechtskräftigen Bußgeldbescheids verstieß die Bekl. jedenfalls zwischen Mai 2001 und Mai 2011 gemeinschaftlich handelnd u.a. mit den Streithelferinnen gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Die Kl. macht geltend, sie habe aufgrund des Kartells überhöhte Preise zahlen müssen. Soweit es um die 13 Beschaffungsvorgänge geht, bei denen der Vertrag die erwähnte Klausel umfasste, hat die Kl. beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an sie 898.022,15 Euro zuzüglich Zinsen zu bezahlen (Klageantrag zu 1). Sie hat ferner beantragt festzustellen, dass die Bekl. verpflichtet ist, ihr bezüglich dieser Aufträge weitergehende Schäden sowie die Schäden aus den weiteren drei Aufträgen, jeweils nebst Zinsen i.H.v. acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, zu erstatten (Klageantrag zu 2 a). Für den Fall der Abweisung von Klageantrag zu 1 hat sie die Feststellung begehrt, dass die Bekl. verpflichtet ist, ihr sämtliche Schäden zu erstatten, die ihr aufgrund von Kartellabsprachen aus den Aufträgen entstanden sind oder künftig noch entstehen werden (Klageantrag zu 2 b). Das LG hat durch Grund- und Teilurteil die Klage hinsichtlich des Zahlungsantrags dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und fest-

gestellt, dass die Bekl. zur Erstattung weitergehender Schäden verpflichtet ist. Die Zinsen hat es nur in beschränktem Umfang zugesprochen. Die Berufungen beider Parteien hatten jeweils nur hinsichtlich eines Teils der geforderten Zinsen Erfolg. Das BerGer. hat insoweit festgestellt, dass die Bekl. zum Ersatz weitergehender Schäden nebst Zinsen ab Entstehung des Schadens in Höhe von vier Prozent für Aufträge vor dem 1.7.2005 und i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz für Aufträge seit dem 1.7.2005 verpflichtet ist. Gegen diese Entscheidung wenden sich die Kl. mit Unterstützung der Streithelferinnen zu 1 und 4 sowie die Bekl. mit ihrer vom BerGer. zugelassenen Revision.

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Das Grundurteil sei zulässig. Soweit mit der Klage die Verurteilung zur Zahlung eines bestimmten Betrags begehrt werde, sei der Anspruch nach Grund und Höhe streitig. Der Erlass des Grundurteils setze nicht voraus, dass jeweils die Einbeziehung der Klausel festgestellt und deren Wirksamkeit bejaht werde. Auch der Feststellungsausspruch des LG sei nicht zu beanstanden. Das angefochtene Urteil sei durch die Benennung der einzelnen Beschaffungsvorgänge hinreichend bestimmt. Der Vorrang der Leistungsklage stehe hier nicht entgegen. Die Erhebung einer Feststellungsklage sei aus prozessökonomischen Gründen geboten, weil die Bezifferung des Schadens nur unter Heranziehung eines Sachverständigen erfolgen könne. Zu Recht habe das LG einen Schadenersatzanspruch der Kl. dem Grunde nach bejaht. Die Kl. sei als unmittelbare Abnehmerin anspruchsberechtigt. Die Beteiligung der Bekl. an wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen im Zeitraum von 2001–2011 sei unstrittig. Zudem seien die Feststellungen des Bußgeldbescheids gem. § 33 IV GWB bindend. Angesichts der danach feststehenden Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen spreche der erste Anschein dafür, dass sich die Absprache allgemein preissteigernd auswirkt habe. Ebenso wie beim reinen Preiskartell werde auch beim Kundenschutzkartell der Preiswettbewerb ausgeschaltet. Dies gehe typischerweise mit einer Erhöhung des Preisniveaus einher. Dies gelte insbesondere, wenn mit den Absprachen der Sinn und Zweck einer Ausschreibung konterkariert werde. Bestätigt werde dieser Erfahrungssatz hier durch die lange Dauer des Kartells. Diesen Anschein habe die Bekl. nicht zu erschüttern vermocht. Ein Anscheinsbeweis spreche zudem dafür, dass die Beschaffungstätigkeit der Kl. von dem Kartell betroffen gewesen sei. Sei den Absprachen allgemein preissteigernde Wirkung zugekommen, bestehe ein Erfahrungssatz dahin, dass auch die konkret streitigen, auf dem kartellbefangenen Markt getätigten Beschaffungen von dieser Wirkung betroffen gewesen seien. Verstärkt werde dieser Anschein zudem dadurch, dass die Streithelferinnen zu 1 und 4 mit anderen Anbietern bundesweite Absprachen getroffen hätten. Zudem gehe es hier nur um Beschaffungsvorgänge, bei denen die Kl. die am Kartell beteiligte Bekl. beauftragt habe. Werde ein Auftrag an einen Bieter erteilt, der an kundenschützenden Absprachen mit generell preissteigernder Wirkung beteiligt sei, spreche ein Erfahrungssatz dafür, dass die Beschaffung von dem kartellbedingt überhöhten Preisniveau betroffen sei. Auch diesen Anschein habe die Bekl. nicht zu erschüttern vermocht. Die sich daraus ergebenden Ansprüche auf Schadensersatz seien nicht verjährt. Vor Erlass des Bußgeldbescheids des BKartA habe die Kl. keine Kenntnis von den Verstößen gehabt. Ob der Mitarbeiter der Kl. K. (im Folgenden: K.), davon Kenntnis gehabt habe, sei unerheblich, weil er nicht für die Vorbereitung und Verfolgung von Ersatzansprüchen zuständig gewesen sei. Die kenntnisunabhängige Verjährung sei durch Klageerhebung, im Übrigen durch ein von der Kl. eingeleitetes Güteverfahren rechtzeitig gehemmt worden. Da eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, dass der Kl. ein Schaden entstanden sei, der über die bezifferte Forderung hinausgehe, sei auch die Feststellungsklage begründet. Der Kl. sei kein Mitverschulden anzulasten. Ein solches ergebe sich nicht daraus, dass sie kleinere Aufträge ohne Ausschreibung vergeben habe. Auf die von der Bekl. behaupteten Kenntnisse des K. komme es aus Rechtsgründen nicht an. Hinsichtlich der Zinsen sei der Feststellungsantrag nur zum Teil begründet. Für Aufträge aus der Zeit nach dem 1.7.2005 sei eine Schadenersatzforderung i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen, für die Zeit davor ab Schadensentstehung, jedoch nur i.H.v. vier Prozent.

Aus den Gründen: [18] Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Die Revision der Bekl. führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, soweit zu ihren Lasten entschieden worden ist. Dagegen bleibt die Revision der Kl. ohne Erfolg.

[19] *I. Revision der Bekl.*

[20] 1. Das BerGer. hat die Klage zu Recht als zulässig angesehen.

[21] a) Das BerGer. hat die von der Kl. gestellten Anträge zutreffend dahin verstanden, dass diese bezüglich der 13 Beschaffungsvorgänge, denen jeweils ein Vertrag zugrunde liegt, der eine Klausel enthält, wonach der Auftraggeber einen pauschalierten Schaden von 15 % der Abrechnungs- bzw. Auftragssumme zu zahlen hat, wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe des Auftrags nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt (im Folgenden: Pauschalierungsklausel), einen Antrag auf Verurteilung zur Zahlung eines bezifferten Betrags (Klageantrag zu 1) mit einem Antrag auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz darüber hinaus gehenden Schadens (Klageantrag zu 2 a), jeweils nebst Zinsen, verbunden hat. Das BerGer. hat weiter zutreffend angenommen, dass sich die Kl. bezüglich dreier weiterer Beschaffungsvorgänge, bei denen der zugrunde liegende Vertrag keine Pauschalierungsklausel umfasst, auf einen Antrag auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz des ihr aus dem behaupteten Kartellverstoß entstandenen Schadens nebst Zinsen beschränkt hat.

[22] b) Die für die genannten 13 Beschaffungsvorgänge gewählte Kombination von Zahlungsantrag und Feststellungsantrag führt nicht zur Unzulässigkeit der Klage.

[23] Eine Klausel, mit der ein Schadensersatzanspruch pauschaliert wird, führt – ihre Wirksamkeit unterstellt – regelmäßig zu Beweiserleichterungen zugunsten des Geschädigten. Enthält die Klausel den Vorbehalt, dass die Pauschalierung nicht eingreift, wenn ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird, bedeutet dies nicht, dass der Geschädigte, der meint, einen höheren als den pauschalierten Schaden verlangen zu können, bei der gerichtlichen Durchsetzung seines Anspruchs insgesamt auf die mit der Pauschalierung verbundenen Vorteile verzichten muss. Zwar mag er in Fällen, in denen er den Schaden noch nicht abschließend beziffern kann, die Möglichkeit haben, sich auf einen Antrag auf Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz zu beschränken. Ihm ist es aber nicht verwehrt, einen Antrag auf Verurteilung zur Zahlung eines entsprechend der Pauschalierungsklausel bezifferten Betrags mit einem Antrag auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz weitergehenden Schadens zu verbinden.

[24] c) Zu Recht hat das BerGer. die Feststellungsklage als zulässig angesehen.

[25] aa) Die Kl. hat ein rechtliches Interesse daran, dass die Verpflichtung zum Schadensersatz alsbald festgestellt wird.

[26] (1) Allerdings besteht ein berechtigtes Interesse an der Erhebung einer positiven Feststellungsklage grundsätzlich nicht, wenn der Kl. dasselbe Ziel mit einer Klage auf Leistung erreichen kann (stRspr; etwa BGH, NJW 1984, 1118 [1119]; GRUR 2003, 900 [901]). Dies schließt im Streitfall jedoch das Feststellungsinteresse nicht aus.

[27] (2) Das BerGer. hat hierzu festgestellt, dass der Kl. zur Bezifferung des geltend gemachten Preisüberhöhungsschadens auf die Einholung eines ökonomischen Gutachtens angewiesen ist. Der damit verbundene Aufwand an Zeit und Kosten ist aber für sich genommen kein zureichender Grund, der Kl. die Befugnis zur Erhebung einer Feststellungsklage zuzubilligen (BGH, NJW 2018, 2479). Eine Feststellungsklage ist daher, sofern nicht ausnahmsweise die Notwendig-

keit besteht, den Schadensersatzanspruch gegen eine drohende Verjährung zu sichern, in der Regel nicht bereits deshalb zulässig, weil die Bezifferung des Schadens die Einholung sachverständigen Rats erfordert.

[28] (3) Der Streitfall weist jedoch Besonderheiten auf, die eine andere Beurteilung rechtfertigen.

[29] Die von der Kl. geltend gemachten Ansprüche betreffen zum Teil Geschäfte, die bereits vor dem 1.7.2005 und damit vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle und der mit dieser einhergehenden Änderungen der Regelungen über die Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen Verstößen gegen Bestimmungen des Kartellrechts abgeschlossen wurden.

[30] Nachdem es an einer ausdrücklichen Übergangsregelung fehlt, ergaben sich nach Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die Regelung in § 33 V GWB 2005, wonach die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs gehemmt wird, wenn die Kartellbehörde wegen eines Kartellverstoßes ein Verfahren einleitet, auch auf so genannte Altfälle anzuwenden sei, also auf Schadensersatzansprüche, die bereits vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle entstanden, zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht verjährt waren. Da eine höchstrichterliche Klärung der Frage bislang nicht erfolgt war, war für die Kl. zu der Zeit, in der sie eine Entscheidung über die gerichtliche Durchsetzung ihrer Forderung zu treffen hatte, nur schwer zu beurteilen, ob die Verjährungsfrist während der Dauer des Bußgeldverfahrens gehemmt war oder nicht.

[31] Zugleich war die Beurteilung der Frage erschwert, zu welchem Zeitpunkt die Verjährungsfrist zu laufen begonnen hatte. Gerichtliche Entscheidungen zu der Frage, wann die durch eine verbotene Kartellabsprache geschädigten Personen ausreichende Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen erlangen oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müssten, lagen zu der maßgeblichen Zeit noch nicht vor.

[32] War danach die Rechtslage hinsichtlich einer möglichen Verjährung aus der Sicht der Kl. kaum zuverlässig einzuschätzen, musste sie ernsthaft in Betracht ziehen, dass die Erhebung der Einrede der Verjährung jedenfalls insoweit Erfolg haben könnte, als Ersatzansprüche betroffen sind, die vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle entstanden sind. Unter diesen Umständen war die Kl. befugt, ihre Schadensersatzansprüche insgesamt durch Erhebung einer positiven Feststellungsklage gegen die drohende Verjährung zu sichern, ohne das Ergebnis eines zeit- und kostenaufwändigen Gutachtens abzuwarten (BGH, NJW 2018, 2479).

[33] bb) Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass Klageantrag zu 2a auch auf die Feststellung der Verpflichtung zur Verzinsung der Schadensersatzforderung in einer bestimmten Höhe gerichtet ist. Ist – wie hier – nicht nur das Bestehen der Schadensersatzforderung nach Grund und Höhe streitig, sondern streiten die Parteien auch darüber, für welchen Zeitraum und in welcher Höhe die geltend gemachte Forderung zu verzinsen ist, kann auch die Pflicht zur Verzinsung der Forderung Gegenstand der Feststellungsklage sein.

[34] cc) Der Feststellungsantrag ist auch hinreichend bestimmt.

[35] Die Kl. hat in der Klageschrift vorgetragen, dass die Beschaffungsvorgänge, auf die sie ihre Klage stützt, zum Teil durch Zuwendungen öffentlicher Stellen gefördert wurden,

und erklärt, sie mache auch Schäden geltend, die den Zuwendungsgebern möglicherweise zustünden.

[36] Wie sich aus dem Tatbestand des Berufungsurteils ergibt, hat die Kl. jedoch später klargestellt, dass sie mit den Feststellungsanträgen zu 2a und 2b nur die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz solcher Schäden begehrt, die ihr selbst entstanden sind oder in der Zukunft noch entstehen werden. Dies ergibt sich aus der Fassung ihrer Klageanträge sowie daraus, dass sie nur hilfweise Anträge gestellt hat, wonach sie die Erstattung solcher Schäden verfolgt, die ihr und dem Land Baden-Württemberg als ihrem Zuwendungsgeber entstanden sind. Nachdem das BerGer. dem Klageantrag zu 2a entsprochen hat, sind mögliche Schadensersatzansprüche des Zuwendungsgebers nicht Gegenstand der angefochtenen Entscheidung.

[37] 2. Die Entscheidung des BerGer., dass die Klage mit dem Antrag zu 1 dem Grunde nach gerechtfertigt ist, hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

[38] a) Das Gericht kann nach § 304 I ZPO über den Grund vorab entscheiden, wenn der Rechtsstreit hinsichtlich der anspruchsbegründenden Tatsachen zur Entscheidung reif ist, nicht aber hinsichtlich des Betrags. Erforderlich ist danach, dass die Voraussetzungen für eine Haftung der Bekl. dem Grunde nach vorliegen und nur noch Fragen offen sind, die im Betragsverfahren zu beantworten sind. Voraussetzung ist weiter, dass es zumindest wahrscheinlich ist, dass der geltend gemachte Anspruch in irgendeiner Höhe besteht (BGH, NJW-RR 1991, 599).

[39] aa) Dem Erlass eines Grundurteils über Klageantrag zu 1 steht nicht entgegen, dass das BerGer. die Frage der Wirksamkeit der Pauschalierungsklausel nicht entschieden hat.

[40] Das BerGer. hat die Frage, ob die Pauschalierungsklausel wirksam ist, offen gelassen. Zwar hat es den Tenor zu Klageantrag zu 1a dahin gefasst, dass die Klage betreffend den mit diesem Antrag geltend gemachten pauschalieren Schadensersatz dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Wie sich aus den Entscheidungsgründen ergibt, die zur Auslegung des Tenors heranzuziehen sind, hat das BerGer. damit jedoch keine Aussage über die Wirksamkeit der Pauschalierungsklausel getroffen, vielmehr ist es der Auffassung der Bekl., der Erlass eines Grundurteils setze die Einbeziehung der Pauschalierungsklausel in den Vertrag und ihre Wirksamkeit voraus, ausdrücklich entgegengetreten.

[41] Dieses Vorgehen ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

[42] Die Kl. macht, wie das BerGer. zutreffend zugrunde gelegt hat, auch mit dem Klageantrag zu 1 einen gesetzlichen Schadensersatzanspruch wegen Kartellverstoßes geltend. Das Bestehen eines solchen Schadensersatzanspruchs der Kl. setzt voraus, dass die Bekl. sich an einer wettbewerbswidrigen Absprache beteiligt hat und die Kl. dadurch beeinträchtigt worden ist. Auf die Einbeziehung und die Wirksamkeit der Pauschalierungsklausel kommt es insoweit nicht an. Eine solche Klausel führt lediglich zu einer Modifikation der Beweislast hinsichtlich der Frage, in welcher Höhe der Kl. aus einem von einem Kartellverstoß betroffenen Beschaffungsvorgang ein Schaden entstanden ist. Entsprechend begrenzt ist die Bindungswirkung des Grundurteils (vgl. Musielak/Musielak, ZPO, 15. Aufl., § 304 Rn. 11), insbesondere trifft es keine Aussage über die Wirksamkeit der Pauschalierungsklausel und damit über die Verteilung der Beweislast.

[43] bb) Ohne Erfolg wendet die Revision weiter ein, das Grundurteil sei unzulässig, weil mit der Klage ein unbezifferter Anspruch geltend gemacht werde. Gegenstand des Klageantrags zu 1, den das BerGer. für dem Grunde nach gerechtfertigt erkannt hat, ist eine bezifferte Klageforderung. Dass die Kl. darüber hinaus mit dem Klageantrag zu 2 a die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz weitergehenden Schadens begehrt, ändert daran nichts. Nichts anderes ergibt sich aus der von der Revision angeführten Entscheidung des XII. Zivilsenats (BGH, BGHZ 182, 116 = NJW 2009, 2814). Nach dieser Entscheidung darf kein umfassendes Grundurteil ergehen, wenn der Kl. mit einer Leistungsklage auf bezifferten Schadensersatz einen Antrag auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz eines weitergehenden Schadensersatz verbunden hat, weil über einen Feststellungsantrag nicht durch Grundurteil entschieden werden kann. Zulässig ist es dagegen, durch Grundurteil über den bezifferten Klageantrag und durch Teil-Endurteil über den Feststellungsantrag zu entscheiden.

[44] b) Die Aufträge zu den Beschaffungsvorgängen, auf die die Kl. ihre Ansprüche stützt, wurden der Bekl. im Zeitraum von März 2004 bis März 2011 erteilt. Für den Schadensersatzanspruch ist das zum Zeitpunkt der Auftragserteilung geltende Recht maßgeblich (BGH, BGHZ 190, 145 = NJW 2012, 928). Danach kommt als Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch aus Aufträgen, die bis zum Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle vergeben wurden, § 33 GWB in der seit dem 1.1.1999 geltenden Fassung in Betracht, für Ansprüche aus späteren Aufträgen § 33 III 1, I 1 GWB in der seit dem 1.7.2005 geltenden Fassung der 7. GWB-Novelle. Die Kl. gehört als unmittelbare Abnehmerin der Bekl. zu den durch das Kartellverbot geschützten Personen.

[45] c) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer., das sich hierfür auf die nach § 33 IV GWB 2005 für den nachfolgenden Schadensersatzprozess bindenden Feststellungen des BKartA im Bußgeldbescheid stützt, war die Bekl. über einen längeren Zeitraum an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen beteiligt.

[46] Danach praktizierten Hersteller und Händler von Schienen, Weichen und Schwellen spätestens seit 2001 bis zur Aufdeckung des Kartells im Mai 2011 auf dem Privatmarkt in Deutschland Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen. Die Streithelferinnen zu 1 und 4 bzw. deren Vorgängergesellschaften waren in allen Regionen und über den gesamten Zeitraum beteiligt. Die Bekl. nahm in diesem Zeitraum im Bereich Schienen und Schwellen regional bei Ausschreibungen an Absprachen teil. Die genannten Absprachen veränderten sich hinsichtlich Struktur und Teilnehmer mit den Marktgegebenheiten und wiesen regional unterschiedliche Intensität auf. Sie beruhten maßgeblich darauf, dass den einzelnen Unternehmen bestimmte „Altkunden“ oder „Stammkunden“ zugeordnet waren und diese Zuordnung von den Kartellteilnehmern grundsätzlich respektiert wurde. Hierzu verzichteten die anderen Kartellteilnehmer auf die Abgabe von Angeboten oder reichten diese erst nach Ablauf der Angebotsfrist oder zu überhöhten Preisen ein, so dass der Auftrag dem vorbestimmten Unternehmen zufallen konnte. Die Absprachen wurden vorwiegend über telefonische Kontakte und persönliche Treffen sowie E-Mails umgesetzt. Aufgrund der über Jahre praktizierten Absprachen und gewachsenen Kundenbeziehungen war allen Bet. klar, wer jeweils den ausgeschriebenen Auftrag erhalten sollte. Dem betreffenden, als „Spielführer“ bezeichneten Unternehmen kam eine organisatorische und koordinierende Funk-

tion für den Auftrag zu. Diese beinhaltete u.a., den anderen Unternehmen, überwiegend in getarnter Form, die Preise der Schutzangebote oder den vom „Spielführer“ angestrebten Zuschlagspreis mitzuteilen. Zum Ausgleich für die Abgabe von Schutzangeboten wurden die Kartellteilnehmer meist durch Unteraufträge oder sonstige Kompensationsgeschäfte entschädigt. Der Ausgleich erfolgte aber nicht nur projektbezogen, vielmehr basierte das System auf einem projektübergreifenden Verständnis und Vertrauensverhältnis der Kartellteilnehmer untereinander. Als Gegenleistung für die Abgabe eines Schutzangebots konnte der Schützende grundsätzlich davon ausgehen, dass er bei einem anderen Projekt von den Kartellteilnehmern geschützt würde. Der Ablauf war insgesamt so etabliert, dass es häufig keiner ausdrücklichen Absprache bezogen auf ein konkretes Projekt bedurfte. Im Bereich Weichen war die Bekl. an Absprachen beteiligt, die bis Ende 2008 vor allem bei Sitzungen des Arbeitskreises Marketing des Fachverbands Weichenbau beziehungsweise innerhalb des Verbands der Bahnindustrie getroffen wurden.

[47] d) Das BerGer. hat einen Schadensersatzanspruch der Kl. dem Grunde nach mit der Begründung bejaht, es spreche jeweils ein Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der Kl. aus den Beschaffungsvorgängen, auf die sie ihre Schadensersatzforderung stützt, ein Schaden entstanden ist und dass sie kartellbetroffen waren.

[48] Diese Ausführungen halten der Revision im entscheidenden Punkt nicht stand.

[49] aa) Das Gericht kann sich die Überzeugung vom Vorliegen bestimmter Tatsachen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung aufgrund von Indizien bilden. Im Rahmen eines Indizienbeweises können Erfahrungssätze, etwa Regeln der allgemeinen Lebenserfahrung oder durch besondere Sachkunde erworbene Regeln, etwa ökonomische Erfahrungssätze, Bedeutung erlangen. Während die Beweiswürdigung des Tatrichters grundsätzlich vom RevGer. nur eingeschränkt nachgeprüft wird, unterliegen die Existenz und der Inhalt eines Erfahrungssatzes und seine Anwendung durch den Tatrichter der vollen revisionsgerichtlichen Überprüfung (s. etwa BGH, NJW-RR 1993, 653).

[50] Der Beweis des ersten Anscheins ist eine typisierte Form des Indizienbeweises. Er beruht auf der Anwendung von Erfahrungssätzen, die typische Geschehensabläufe zum Gegenstand haben (BGH, NJW 2010, 1072). Danach erlauben bereits feststehende Tatsachen in Verbindung mit einem solchen Erfahrungssatz den Schluss auf die eigentlich zu beweisende Tatsache, etwa auf eine bestimmte Ursache für ein Ereignis oder auf den Eintritt eines bestimmten Erfolgs. Für die Beweisführung genügt unter solchen Umständen die Feststellung der Tatsachen, an die der Erfahrungssatz anknüpft. Es ist dann Sache des Gegners, Umstände darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, die ausnahmsweise einen anderen Geschehensablauf als ernsthaft möglich erscheinen lassen. Der Anscheinsbeweis unterscheidet sich mithin von Feststellungen nach allgemeinen Beweisregeln gerade dadurch, dass der konkrete Geschehensablauf nicht festgestellt zu werden braucht, weil von einem typischen, durch die Lebenserfahrung bestätigten gleichförmigen Hergang ausgegangen werden kann, solange das Geschehen keine Umstände aufweist, die es ernsthaft als möglich erscheinen lassen, dass ein atypischer Geschehensablauf vorlag (BGH, NJW 2010, 1072; BGH, NJW 2012, 2263 Rn. 13). Wegen den damit einhergehenden Einschränkungen ist bei der Anwendung des Anscheinsbeweises grundsätzlich Zurückhaltung geboten (BGH, BGHZ 192, 84 = NJW 2012, 608). Als

typisch kann ein Geschehensablauf nur angesehen werden, wenn er so häufig vorkommt, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist (*BGH, BGHZ 160, 308 [313] = NJW 2004, 3623; BGH, NJW 2010, 1072; BGH, NJW 2012, 2263*, Der Beweis im Zivilprozess, Kapitel 16 Rn. 31; *MüKoZPO/Prütting*, 5. Aufl., § 286 Rn. 58). Ob es einen entsprechenden Erfahrungssatz gibt, ist in der Revisionsinstanz in vollem Umfang überprüfbar (*BGH, BGHZ 100, 31 [33] = NJW 1987, 2876; BGH, BGHZ 160, 308 [313] = NJW 2004, 3623; BGH, NJW 2005, 2395*). Dies erfordert es, dass der Tatrichter, der sich bei der Überzeugungsbildung auf einen Beweis des ersten Anscheins stützt, deutlich macht, welchen Erfahrungssatz er dabei zugrunde legt.

[51] bb) Nach diesen Maßgaben liegen hier die Voraussetzungen für einen Beweis des ersten Anscheins nicht vor.

[52] (1) Ein Schadensersatzanspruch der Kl. setzt voraus, dass der Kl. aus der Abwicklung der in Rede stehenden Aufträge ein Schaden entstanden ist, die Geschäfte ohne den Wettbewerbsverstoß also jeweils zu günstigeren Konditionen abgeschlossen hätten werden können. Dabei gilt der Beweismaßstab des § 287 I ZPO (*BGH, BGHZ 211, 146 = NJW 2016, 3527*).

[53] (a) Das BerGer. hat die Feststellungen des BKartA zugrunde gelegt, wonach Hersteller und Händler von Schienen und Weichen spätestens seit 2001 bis zur Aufdeckung des Kartells im Mai 2011 bundesweit Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen getroffen hatten. Unter Bezugnahme auf eigene frühere Entscheidungen (*OLG Karlsruhe, NZKart 2014, 366; NZKart 2016, 595*) hat es ausgeführt, einem solchen Kartell komme eine allgemein preissteigernde Wirkung zu. Dies rechtfertige die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises. Ebenso wie bei reinen Preisabsprachen werde bei Kundenschutzkartellen der Preiswettbewerb ausgeschaltet. Es liege auf der Hand, dass dies typischerweise mit einer Erhöhung des Preisniveaus einhergehe.

[54] (b) Dies hält den Angriffen der Revision nicht stand.

[55] (aa) Zwar entspricht es nach der Rechtsprechung des *BGH* wirtschaftlicher Erfahrung, dass die Gründung und Durchführung eines Kartells häufig zu einem Mehrerlös der daran beteiligten Unternehmen führt. Dies gilt nicht nur für die Absprache von Preisen, sondern auch für die gemeinsame Festlegung bestimmter Quoten oder für Absprachen über die Zuweisung bestimmter Kunden an die Kartellanten. Durch solche Absprachen sind die beteiligten Unternehmen in einem gewissen Umfang der Notwendigkeit enthoben, sich im Wettbewerb zur Erlangung von Aufträgen gegen konkurrierende Unternehmen durchzusetzen. Sie zielen mithin darauf, den Preiswettbewerb weitgehend außer Kraft zu setzen. Unternehmen, die sich aufgrund solcher Absprachen nicht dem Wettbewerb stellen müssen, werden im Regelfall keinen Anlass sehen, bestehende Preissenkungsspielräume zu nutzen. Nach ökonomischen Grundsätzen wird bei Kartellen vielfach eine Kartellrendite entstehen. Treffen Unternehmen trotz der damit einhergehenden erheblichen Risiken solche Absprachen, streitet danach eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die im Rahmen eines Kartells erzielten Preise im Schnitt über denen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache bildeten (*BGH, BGHSt 38, 186 [194] = NJW 1992, 921; NJW 2006, 163; BGH, BGHSt 58, 158 = NJW 2013, 1972; BGH, NJW 2018, 2479*). Diese Vermutung gewinnt an Gewicht, je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert wurde (*BGH, NJW 2018, 2479*).

[56] Einer solchen tatsächlichen Vermutung kommt im Rahmen der freien Beweiswürdigung regelmäßig eine starke indizielle Bedeutung zu. Hierdurch kann den Anforderungen, die sich aus dem Unionsrecht ergeben, Rechnung getragen werden. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* müssen die nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Unionskartellrecht anzuwenden haben, die volle Wirkung von dessen Bestimmungen gewährleisten und die Rechte schützen, die das Unionsrecht dem Einzelnen verleiht. Die volle Wirksamkeit von Art. 101 AEUV setzt danach voraus, dass jedermann Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch diese Bestimmung verstoßende Absprachen entsteht. Bei der Anwendung der einzelstaatlichen Regelungen über Voraussetzungen und Durchsetzung des Anspruchs auf Schadensersatz haben die nationalen Gerichte den Effektivitätsgrundsatz zu beachten, also dafür Sorge zu tragen, dass die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird (*EuGH, ECLI:EU:C:2001:465 = EuZW 2001, 715 Rn. 25 – Courage und Crehan [Rs. C-453/99]; EuGH, ECLI:EU:C:2006:461 = EuZW 2006, 529 – Manfredi [Rs. C-295/04]*).

[57] (bb) Auch wenn danach hinsichtlich der Wirkungen von Kartellen ökonomisches Erfahrungswissen besteht, fehlt es angesichts der Vielgestaltigkeit und Komplexität wettbewerbsbeschränkender Absprachen, ihrer Durchführung und ihrer Wirkungen an der für die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises erforderlichen Typizität. Zwar sind solche Absprachen grundsätzlich auf eine möglichst umfassende Wirkung ausgerichtet. Denn das von den beteiligten Unternehmen gemeinschaftlich verfolgte Ziel, als üblich angesehene Preise zu erzielen, kann regelmäßig umso eher erreicht werden, je besser die Absprachen umgesetzt werden und je höher die Kartelldisziplin ist. Dies rechtfertigt jedoch nicht den Schluss, dass eine sehr große Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Absprachen erfolgreich umgesetzt werden, also die Erzielung höherer Preise einem typischen Geschehensablauf entspricht. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang wettbewerbsbeschränkende Absprachen einen Preiseffekt haben, wird von einer Vielzahl von Faktoren beeinflusst, etwa der Anzahl der Marktteilnehmer, der Zahl der an den Absprachen beteiligten Unternehmen, ihren Möglichkeiten, die für die Umsetzung der Absprachen erforderlichen Informationen auszutauschen, dem Anteil der Marktabdeckung, dem Grad der Kartelldisziplin und den Möglichkeiten der Marktgegenseite, ihren Bedarf anderweitig zu decken oder sonstige Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Der Einfluss dieser Faktoren kann, gerade wenn es – wie hier – um wettbewerbsbeschränkende Absprachen geht, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken, erheblichen Veränderungen unterliegen. Insbesondere darf nicht aus dem Blick geraten, dass die Absprachen von Unternehmen getroffen werden, die grundsätzlich jeweils ihre eigenen Interessen verfolgen und nicht durchweg bereit sein müssen, sich der Kartelldisziplin zu fügen. Schon mit Rücksicht darauf fehlt es an einem typischen, gleichförmigen Hergang.

[58] (cc) Die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises hat dazu geführt, dass das BerGer. die Einwendungen der Bekl. nur je für sich und nur unter dem Gesichtspunkt erörtert hat, ob das Vorbringen geeignet ist, den Beweis des ersten Anscheins zu erschüttern. Infolgedessen ist die rechtlich gebotene umfassende Würdigung aller Umstände unterblieben. Diese wird nachzuholen sein. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird sich das BerGer. unter

anderem mit dem Vorbringen der Bekl. zu befassen haben, wonach die Absprachen nicht zu einer Preiserhöhung, sondern lediglich zu einer besseren Auslastung der Produktionskapazitäten der beteiligten Unternehmen führten, was dadurch bestätigt werde, dass nach der Aufdeckung des Kartells ein Teil dieser Kapazitäten weggefallen und die Preise im Ergebnis gestiegen seien. Erweise sich dieses Vorbringen, zu dem das BerGer. keine Feststellungen getroffen hat, als zutreffend, könnte dies der Anwendung des oben wiedergegebenen Erfahrungssatzes, wonach ein Preis-, Quoten- und Kundenschutzkartell häufig zu einem Mehrerlös der beteiligten Unternehmen führt und – als Kehrseite – Preiseffekte zum Nachteil der Marktgegenseite hat, im konkreten Fall entgegenstehen. Das BerGer. wird in diesem Zusammenhang andererseits auch dem durch ein Privatgutachten des Instituts für angewandte Wirtschaftsforschung e. V. unterlegten Vortrag der Kl. nachzugehen haben, wonach das Kartell zu deutlich höheren Preisen für Schienen und Weichen geführt habe.

[59] (2) Entsprechendes gilt, soweit das BerGer. festgestellt hat, dass die in Rede stehenden Aufträge kartellbefangen waren, also ein Wettbewerb unter möglichen Lieferanten der von der Kl. jeweils benötigten Schienen und Weichen durch die vom BKartA festgestellten Absprachen ausgeschlossen oder eingeschränkt wurde. Wie das BerGer. nicht verkannt hat, ist eine solche Feststellung, die hier insbesondere für die Anwendbarkeit der Pauschalierungsklausel Bedeutung hat, nach Maßgabe des § 286 ZPO zu treffen (BGH, BGHZ 211, 146 = NJW 2016, 3527).

[60] Auch insoweit fehlt es – entgegen der Auffassung des BerGer. – an der für die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises erforderlichen Typizität.

[61] Zwar sind, wie bereits ausgeführt, Quoten- und Kundenschutzabsprachen grundsätzlich auf eine möglichst umfassende Wirkung ausgerichtet. Dies kann eine tatsächliche Vermutung dafür begründen, dass Aufträge, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich der Absprachen fallen, von diesen erfasst wurden und damit kartellbefangen waren.

[62] Es ist jedoch nicht hinreichend gesichert, dass eine sehr große Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass solche Absprachen tatsächlich in jedem einzelnen Fall beachtet und umgesetzt werden, die Kartellbefangenheit der je einzelnen Aufträge mithin als typischer Geschehensablauf anzusehen ist. Neben den bereits oben im Zusammenhang mit dem Eintritt eines Schadens angesprochenen Umständen können weitere Faktoren eine Rolle spielen. So kann etwa die Umsetzung der Absprachen insbesondere in der Anfangsphase auf praktische Schwierigkeiten stoßen. Dabei kann etwa der Umstand Bedeutung erlangen, dass der für die Umsetzung wettbewerbsbeschränkender Absprachen erforderliche Informationsaustausch Einschränkungen unterliegt, die sich daraus ergeben, dass die Bet. wegen der Gefahr der Entdeckung besondere Vorsicht walten lassen.

[63] Mit Recht rügt die Revision in diesem Zusammenhang, dass sich das BerGer. nicht hinreichend mit Besonderheiten auseinandergesetzt hat, die die Aufträge der Kl. an die Bekl. betreffen, auf welche die Klage gestützt wird. Nach den Feststellungen des BKartA beruhten die Absprachen maßgeblich darauf, dass den einzelnen Kartellanten bestimmte Unternehmen als „Altkunden“ oder „Stammkunden“ zugeordnet waren. Nach dem Vorbringen der Bekl., das revisionsrechtlich zugrunde zu legen ist, war die Kl. keine „Stammkundin“ der Bekl. Das BerGer. hat dazu lediglich bemerkt, daraus lasse sich nicht der Schluss ziehen, die

Geschäfte anderer Kunden seien von den Absprachen unbeflusst geblieben. Die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises wäre jedoch nur gerechtfertigt, wenn auch für die Aufträge, die nicht von „Stammkunden“ erteilt werden, von einem typischen Geschehensablauf hinsichtlich der Kartellbetroffenheit ausgegangen werden könnte, wofür sich dem angefochtenen Urteil nichts entnehmen lässt.

[64] Gerade bei Kartellabsprachen, die sich über einen längeren Zeitraum erstrecken und ein großes Gebiet abdecken sollen, ist zudem damit zu rechnen, dass sie zeitlich und räumlich unterschiedliche Intensität aufweisen. Dies zeigt sich auch im Streitfall, denn nach den Feststellungen des BKartA, die das BerGer. seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, änderten sich die Absprachen hinsichtlich Struktur und Teilnehmer mit den Marktgegebenheiten und wiesen zudem regional unterschiedliche Intensität aus. Dies hat das BerGer. im Ansatz auch nicht verkannt, sondern ausdrücklich festgehalten, dass Veränderungen und Abweichungen insbesondere bei einem über einen längeren Zeitraum durchgeführten Kartell „geradezu den Normalfall“ darstellen. Danach ist aber eine Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises nicht gerechtfertigt. Weder aus den Entscheidungsgründen des BerGer. noch aus den dort in Bezug genommenen früheren Entscheidungen ergibt sich, dass solche Veränderungen oder Abweichungen unerheblich sind, noch dass ungeachtet solcher Modifikationen jeweils ein typischer Geschehensablauf angenommen werden kann.

[65] Die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises hat auch insoweit dazu geführt, dass die rechtlich gebotene umfassende Würdigung der Umstände durch den Tatrichter unterblieben ist.

[66] cc) Danach erweist sich die Beweiswürdigung des BerGer. sowohl hinsichtlich der Entstehung eines Schadens als auch bezüglich der Kartellbetroffenheit der in Rede stehenden Aufträge als unzureichend. Das BerGer. hat die Einwendungen der Bekl. nur unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Erschütterung des Anscheinsbeweises und nur je für sich erörtert, die gebotene Gesamtwürdigung jedoch versäumt. Auf diesem Verfahrensfehler beruht das angefochtene Urteil. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es bei einer umfassenden Würdigung des Sachverhaltes zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre.

[67] 3. Fehlt es damit an verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen, die den Schluss tragen, dass die Aufträge kartellbefangen waren und zu einer Schädigung der Kl. geführt haben, hat auch der Feststellungsausspruch des BerGer. keinen Bestand.

[68] II. Revision der Kl.

[69] Die Revision der Kl. wegen der Höhe der Zinsen bleibt erfolglos.

[70] 1. Wie der Senat bereits entschieden hat, entfaltet die Neufassung des § 33 III GWB durch die 7. GWB-Novelle keine Rückwirkung auf bei ihrem Inkrafttreten bereits abgeschlossene Kartellrechtsverstöße (BGH, NJW 2012, 928; BGH, NZKart 2017, 242). Solche Ansprüche sind in entsprechender Anwendung von § 849 BGB nur in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes (§ 246 BGB) zu verzinsen (BGH, NJW 2018, 2479). § 288 I 2 BGB greift insoweit nicht ein, da kein Verzug begründet wurde. Die Schwierigkeiten, die sich für das Opfer wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei der Ermittlung der Schadenshöhe ergeben können, rechtfertigen es nicht, eine Mahnung generell als entbehrlich anzusehen. Eine Absicht des Gesetzgebers, den Deliktsschuld-

ner bei der Zinshöhe dem Verzugschuldner gleichzustellen, ist nicht erkennbar (BGH, NZKart 2017, 242; BGH, NJW 2018, 2479). Das BerGer. hat daher zu Recht ausgesprochen, dass Schadensersatzansprüche, die sich aus vor dem 1.7.2005 erteilten Aufträgen ergeben, ab Schadensentstehung mit 4 % jährlich zu verzinsen sind.

[71] 2. Soweit Schadensersatzansprüche Aufträge betreffen, die erst nach dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle erteilt wurden, hat das BerGer. der Kl. zutreffend Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Entstehung des Schadens zugesprochen.

[72] Die Revision meint, die Kl. habe nach § 33 III 4 und 5 GWB i.V.m. § 288 II BGB einen Anspruch auf Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz.

[73] Dies trifft nicht zu. In Fällen kartelldeliktsrechtlicher Schadensersatzansprüche ist die Anwendung von § 288 II BGB grundsätzlich auf Konstellationen beschränkt, in denen sich der Missbrauch einer marktbeherrschenden oder marktstarken Stellung auf eine Entgeltforderung des Geschädigten bezieht (BGHZ 199, 1 = NVwZ-RR 2014, 515 Rn. 71 – VBL-Gegenwert I; BGH, NJW 2018, 2479 = WRP 2018, 941).

[74] III. Das Berufungsurteil war danach aufzuheben, soweit zum Nachteil der Bkl. entschieden worden ist. Die Sache war im Umfang der Aufhebung an das BerGer. zurückzuverweisen, da die tatsächlichen Feststellungen nicht rechtsfehlerfrei getroffen wurden.

[75] Für die Anwendung der Pauschalierungsklausel – ihre Wirksamkeit unterstellt – ist insbesondere von Bedeutung, ob die betreffenden Aufträge kartellbefangen waren. Insofern ist es, wie das BerGer. zu Recht ausgeführt hat, nicht entscheidend, ob die Zuweisung des Auftrags an die Bkl. auf einer ausdrücklichen Absprache beruhte oder ob nach dem gesamten Zuschnitt der Vereinbarungen und ihrer Umsetzung durch die am Kartell beteiligten Unternehmen auch ohne eine solche klar war, dass die Bkl. den jeweiligen Auftrag erhalten sollte. Soweit es im Übrigen um die Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz geht, wird es insbesondere darauf ankommen, ob die wettbewerbsbeschränkenden Absprachen allgemein preissteigernde Wirkung hatten. Dazu wird das BerGer. den Sachverhalt, gegebenenfalls nach Einholung sachverständigen Rats, umfassend zu würdigen haben.

[76] Für den Fall, dass das BerGer. hiernach erneut zu dem Ergebnis kommt, dass die Aufträge kartellbefangen waren und der Kl. ein Schaden entstanden ist, weist der Senat auf Folgendes hin:

[77] 1. Die Annahme des BerGer., der Kl. sei kein Mitverschulden anzulasten, ist nicht zu beanstanden.

[78] a) Die Feststellungen des BKartA im Bußgeldbescheid, wonach die an den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen beteiligten Unternehmen zum Teil von ihren Kunden vor einer Ausschreibung des Auftrags in die Erstellung des Leistungsverzeichnisses einbezogen wurden, begründen kein Mitverschulden der Kl. Dies gilt auch dann, wenn die Einbeziehung eines Unternehmens in die Erstellung des Leistungsverzeichnisses eines potenziellen Kunden dazu führte, dass die Ausschreibungen auf die Produkte eines bestimmten Herstellers zugeschnitten wurden. Abgesehen davon, dass Feststellungen dazu fehlen, dass die Kl. bei den hier in Rede stehenden Beschaffungsvorgängen so vorgegangen ist, zeigt die Revision keine Anhaltspunkte dafür auf, dass eine solche

Vorgehensweise dazu führte, dass auf entsprechende Ausschreibungen nur ein einziges Angebot abgegeben wurde. Zudem wäre ein solches Vorgehen der ausschreibenden Unternehmen allenfalls als fahrlässiges Verhalten einzuordnen, das gegenüber einer vorsätzlichen Schädigung, wie sie der Bkl. hinsichtlich ihrer Beteiligung an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen anzulasten ist, grundsätzlich nicht anspruchsmindernd anzurechnen ist (BGH, BGHZ 213, 1 = NJOZ 2017, 1521).

[79] b) Ein Mitverschulden ergibt sich auch nicht daraus, dass die Kl. zum Teil Aufträge ohne vorherige Ausschreibung vergeben hat.

[80] Aus den getroffenen Feststellungen und dem von der Revision aufgezeigten Vortrag ergibt sich nichts dafür, dass der Kl. bei einer Ausschreibung der Aufträge günstigere Konditionen eingeräumt worden wären. Vielmehr sprechen die Feststellungen des BerGer. zur Vorgehensweise der an den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen beteiligten Unternehmen dafür, dass sie, soweit sie zu überhöhten Preisen angeboten haben, dies auch dann getan hätten, wenn die betreffenden Aufträge ausgeschrieben worden wären.

[81] c) Der Einwand der Bkl., das BerGer. habe nicht berücksichtigt, dass die Kl. ihren Organisations- und Überwachungspflichten zur Abwehr von Kartellrechtsverstößen nicht nachgekommen sei, greift nicht durch.

[82] Die Bkl. hat im Berufungsrechtszug vorgetragen, der „für die Nahverkehrsstruktur zuständige“ Mitarbeiter K. der Kl. habe in regelmäßigem Kontakt mit Mitarbeitern der Streithelferin zu 4 und der Bkl. gestanden. Er habe einen Mitarbeiter der Streithelferin zu 4 informiert, wenn die Kl. eine Beschaffung bei einem anderen Unternehmen beabsichtigt habe. Ihm seien auch Fälle bekannt gewesen, in denen die Streithelferin zu 4 einen Auftrag für Weichen erhalten und diese dann bei einem anderen kartellbeteiligten Unternehmen beschafft habe, obwohl dieses zuvor bei der Ausschreibung ein Angebot mit höherem Preis abgegeben habe.

[83] Das BerGer. hat offen gelassen, ob dieses Vorbringen zuzulassen sei, und ausgeführt, es sei nicht geeignet, ein Mitverschulden der Kl. zu begründen. Dies ist nicht zu beanstanden.

[84] Der Umstand, dass ein Mitarbeiter der Kl. Kenntnis von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen hatte oder sich gar pflichtwidrig an diesen beteiligte, rechtfertigt als solcher nicht den Schluss, die Kl. habe ihre Organisations- und Überwachungspflichten verletzt. Im Übrigen träfe sie insoweit allenfalls der Vorwurf der Fahrlässigkeit, so dass ihr Beitrag angesichts des vorsätzlichen Handelns der Bkl. zurückzutreten hätte.

[85] d) Die Kl. muss sich im Rahmen der Prüfung eines Mitverschuldens nach § 254 BGB auch keine eigene Kenntnis von den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und ihrer Umsetzung sowie der vorsätzlichen Beteiligung der Bkl. hieran entgehen lassen.

[86] aa) Das BerGer. hat nicht festgestellt, dass organisierte Vertreter der Kl. (§ 31 BGB) Kenntnis von den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und ihrer Umsetzung sowie der Beteiligung der Bkl. hieran hatten. Die Bkl. zeigt nicht auf, dass sie in den Tatsacheninstanzen vorgetragen hat, eine solche Kenntnis sei den Vertretern der Kl. vermittelt worden. An der von der Revision hierfür herangezogenen Stelle hat die Bkl. lediglich die Kenntnis von K.

behauptet und daraus gefolgert, die Kl. habe Kenntnis von den Absprachen gehabt.

[87] bb) Über den Wortlaut der §§ 30, 31 BGB hinaus hat die Rechtsprechung eine Repräsentantenhaftung für solche Personen entwickelt, denen bedeutsame Funktionen zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren (BGH, BGHZ 196, 340 = NJW 2013, 3366).

[88] Die Bekl. zeigt nicht auf, dass sie Umstände vorgetragen hat, die den Schluss zuließen, dass K. eine Stellung innehatte, die es rechtfertigte, ihn in Bezug auf den Einkauf von Gleisoberbaumaterialien als Repräsentant der Kl. anzusehen. Die nicht näher konkretisierte Behauptung, er sei früher der „für die Nahverkehrsinfrastruktur“ bei der Kl. zuständige Mitarbeiter gewesen, genügt hierfür nicht, zumal eine solche Behauptung bei einem Nahverkehrsunternehmen wie der Kl. auf zahlreiche Mitarbeiter zutreffen dürfte.

[89] cc) Ohne Erfolg beruft sich die Bekl. darauf, K. sei als Wissensvertreter der Kl. anzusehen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist § 166 I BGB entsprechend auch auf so genannte Wissensvertreter anzuwenden (BGH, BGHZ 117, 104 [106 f.] = NJW 1992, 1099; BGH, BauR 2004, 337 [338 f.] = BeckRS 2003, 04866). Die Anwendung dieser Vorschrift ist nicht auf die rechtsgeschäftliche Vertretung beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf den vergleichbaren Tatbestand der Wissensvertretung. Wissensvertreter ist dabei jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten. Der Geschäftsherr muss sich seiner im rechtsgeschäftlichen Verkehr wie eines Vertreters bedienen.

[90] Das BerGer. hat keine Feststellungen getroffen, die den Schluss tragen, K. sei befugt gewesen, in eigener Verantwortung über die hier in Rede stehenden Beschaffungsvorgänge zu entscheiden. Zu Recht hat das BerGer. ausgeführt, der Vortrag, K. sei für die Nahverkehrsinfrastruktur zuständig gewesen, rechtfertige es nicht, ihn insofern als Wissensvertreter der Kl. zu qualifizieren. Damit fehlt es an einer tragfähigen Grundlage dafür, der Kl. die behaupteten Kenntnisse ihres Angestellten zuzurechnen.

[91] Selbst wenn K. befugt gewesen wäre, die Kl. bei der Beschaffung von Gleisoberbaumaterialien zu vertreten, hätte er im Übrigen seine Vertretungsmacht missbraucht, wenn er in Kenntnis der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und der vorsätzlichen Beteiligung der Bekl. hieran, jedoch ohne die Organe der Kl. hierüber zu informieren, der Bekl. Aufträge erteilt hätte. In diesem Fall wäre die Bekl. wegen kollusiven Zusammenwirkens mit einem Angestellten der Kl. zu deren Nachteil nach Treu und Glauben daran gehindert, sich unter Verweis auf dessen Kenntnisse von den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und der Beteiligung der Bekl. hieran auf ein Mitverschulden der Kl. zu berufen (BGH, NJW 2000, 1405 [1406]; BGH, NJW-RR 2008, 977).

[92] 2. Die Einrede der Verjährung greift, wie das BerGer. weiter zutreffend angenommen hat, nicht durch.

[93] a) Das BerGer. hat seiner Entscheidung zu Recht zugrunde gelegt, dass die Kl. vor Erlass des Bußgeldbescheids am 18.7.2013 keine Kenntnis von den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und der vorsätzlichen Mittäterschaft der Bekl. hatte.

[94] Nach der Rechtsprechung des BGH ist hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen für den Beginn der Verjährungsfrist grundsätzlich auf die Person des Gläubigers abzustellen. Im Fall der gesetzlichen Vertretung muss sich der Vertretene grundsätzlich nur das Wissen seines gesetzlichen Vertreters zurechnen lassen. Wie bereits ausgeführt wurde, ist nicht festgestellt, dass die gesetzlichen Vertreter der Kl. von K. über wettbewerbsbeschränkende Absprachen der Hersteller von Schienen und Weichen unter vorsätzlicher Beteiligung der Bekl. informiert wurden.

[95] b) Ohne Erfolg beruft sich die Bekl. darauf, K. sei über die wettbewerbsbeschränkenden Absprachen informiert gewesen. Die Kenntnis eines rechtsgeschäftlichen Vertreters ist für den Verjährungsbeginn regelmäßig unerheblich. Die Vorschrift des § 166 BGB ist in diesem Bereich wegen des Zwecks der Verjährungsvorschriften nicht anwendbar (BGH, NJW 2014, 1294).

[96] Einem Anspruchsteller ist es allerdings verwehrt, sich auf eigene Unkenntnis zu berufen, wenn er sich eines so genannten Wissensvertreters bedient, den er mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten, insbesondere mit der Betreuung und Verfolgung des infrage stehenden Anspruchs in eigener Verantwortung betraut hat. In dieser Konstellation muss sich der Anspruchsteller das Wissen des Dritten in entsprechender Anwendung des § 166 I BGB zurechnen lassen (stRspr; vgl. nur BGH, BGHZ 171, 1 = NJW 2007, 1584; BGH, NJW 2014, 1294). Wie bereits ausgeführt wurde, hat das BerGer. jedoch keine Feststellungen getroffen, die den Schluss zuließen, dass K. die Stellung eines Wissensvertreters hatte.

[97] Selbst wenn K. befugt gewesen wäre, die Kl. bei der Beschaffung von Gleisoberbaumaterialien zu vertreten, könnte sich die Bekl. nicht auf eine Wissenszurechnung berufen, wenn K. in Kenntnis der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und der vorsätzlichen Beteiligung der Bekl. hieran, jedoch ohne die Organe der Kl. hierüber zu informieren, der Bekl. Aufträge erteilt hätte. Die Wissenszurechnung dient dem Schutz des redlichen Vertragspartners. Sie ist nicht gerechtfertigt, wenn dieser nicht schutzwürdig ist (BGH, NJW-RR 2008, 977). So verhielte es sich, wenn ihr Mitarbeiter hinter dem Rücken der Kl. zu deren Nachteil mit der Bekl. zusammengewirkt hätte.

[98] c) Den Eintritt der kenntnisunabhängigen Verjährung (§ 199 III Nr. 1 BGB) hat das BerGer. ebenfalls zutreffend verneint.

[99] Wie der Senat nach Erlass der angefochtenen Entscheidung entschieden hat, findet § 33 V GWB 2005 auch auf Schadensersatzansprüche Anwendung, die ihre Grundlage in Kartellverstößen haben, die vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle begangen wurden und zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt waren (BGH, NJW 2018, 2479). Danach wurde die Verjährung der Ansprüche der Kl. auch hinsichtlich solcher Aufträge, die der Bekl. vor dem 1.7.2005 erteilt wurden, durch die Einleitung der Ermittlungen der Kartellbehörde im Mai 2011 bis zum Ablauf von sechs Monaten nach dem Abschluss des Verfahrens gehemmt. Bereits deshalb war die Verjährungsfrist nach § 199 III Nr. 1 BGB bei Erhebung der am 29.8.2014 eingereichten und nach Einzahlung des Kostenvorschusses am 23.9.2014 zugestellte Klage auch bezüglich Ansprüchen aus Beschaffungsvorgängen, bei denen der Auftrag im Jahr 2004 bzw. im Mai 2005 erteilt worden war, noch nicht abgelaufen.

[100] Auf die Frage, ob das von der Kl. eingeleitete Güteverfahren eine Hemmung der Verjährung bewirkt hat, kommt es hiernach nicht an. Ebenso kann offen bleiben, ob die Verjährungsfrist bereits mit der Erteilung des jeweiligen Auftrags an die Bekl. in Lauf gesetzt wurde.

Anmerkung von Rechtsanwalt Dr. Thomas Thiede, LL.M.*

I. Hintergrund

1. Die Beweislastverteilung im Zivilprozess verlangt, dass Kartellgeschädigte zur Geltendmachung eines Kartellschadensersatzanspruchs ihren Schaden sowie den rechtswidrigen und schuldhaften Kartellrechtsverstoß der Kartellanten darlegen und beweisen. Überdies trifft die Kartellgeschädigten die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ihr Erwerbsgeschäft Gegenstand des Kartellrechtsverstoßes war; man spricht von der Kartellbetroffenheit.

2. Einblick in die Umstände des Kartellrechtsverstoßes erlangen Geschädigte dann, wenn das Kartell durch die Behörden aufgedeckt wurde und ein Bußgeldbescheid ergangen ist. Aus einem solchen Bescheid ergibt sich in aller Regel der Nachweis des schuldhaft rechtswidrigen Kartellrechtsverstoßes, § 33 IV GWB a.F. bzw. § 33 b GWB n.F.

3. Zumeist enthält der Bußgeldbescheid keine Informationen zu der Kartellbetroffenheit oder dem Schaden. Wegen der Informationsasymmetrie zwischen Kartellanten und Kartellgeschädigten wissen Letztere selten, in welcher Höhe Mehrkosten durch das Kartell verursacht wurden (*scil.* Schaden) und welche Erwerbsvorgänge konkret betroffen waren (*scil.* Kartellbetroffenheit) und können daher ihrer Darlegungs- und Beweislast kaum je genügen. Es bedarf teurer und zeitaufwendiger Gutachten schon zur Substanziierung der Klage. Bei durchaus erwartbarem Bestreiten der Kartellanten bedarf es im Verfahren nochmals eines Gutachtens mit nämlicher Beweisfrage. Geschädigte Kläger müssen also zweimal ein Sachverständigengutachten bevorschussen; dies bei ungewissen Erfolgsaussichten. Es liegt auf der Hand, dass Kläger in dieser Situation von einer Klage absehen. Private Kartellrechtsdurchsetzung droht praktisch zu scheitern.

4. Die Instanz- und Rechtsmittelgerichte erkannten das Dilemma und entwickelten drei Lösungsansätze (vgl. *Fritschel/Klöppner/Schmidt*, NZKart 2016, 412 [416]; *Galle*, NZKart 2016, 214; *Thiede/Träbing*, NZKart 2016, 422).

a) Das OLG Karlsruhe (NZKart 2014, 366) verwies auf den BGH für einen ersten Anscheinsbeweis dahingehend, dass Kartelle zu einer Marktpreissteigerung führten (noch BGH, NJW 2006, 163; BGH, EuZW 2018, 824). Wenn aber Kartelle zu einer Erhöhung des Marktpreises führen, streite, so das OLG Karlsruhe, ein weiterer Anscheinsbeweis dafür, dass von den Kartellanten erworbene Güter kartellbefangen seien und den Erwerbern ein Schaden entstanden sei.

b) Das LG Dortmund zog den EuGH in der Rs. Kone u.a./ÖBB Infrastruktur AG (EuGH, ECLI:EU:C:2014:1317 = EuZW 2014, 586 [Rs. C-557/12]) heran: Wenn, wie durch den EuGH erkannt, Kartellanten schon für solche Schäden hafteten, die durch den Erwerb bei Kartellaußenseitern entstünden (Preisschirm), dann müsse die Kartellbetroffenheit und der Schaden bei einem direkten Erwerb erst recht anzunehmen sein (IR 2017, 90 = NZKart 2017, 68 [m. Anm. Thiede]).

c) Während die vorgenannten Gerichte von einem Anscheinsbeweis ausgingen – der beklagte Kartellant muss den Erfahrungssatz erschüttern, was kaum je gelang –, verwies das OLG Düsseldorf stattdessen auf eine tatsächliche Vermutung der Kartellbetroffenheit und eines Schadens, wenn das Erwerbsgeschäft in zeitlich, räumlich und sachlichem Zusammenhang mit dem Kartellverstoß stünde (NZKart 2018, 477 = NZKart 2018, 571 [m. Anm. Thiede/Müller]).

II. Bewertung

Die Entscheidung ist – nicht nur, aber auch wegen der deutlich abweichenden, gefestigten und in der Entscheidung überhaupt nicht gewürdigten Instanz- und Obergerichtsrechtsprechung – in vielerlei Hinsicht erstaunlich. Nur drei Aspekte seien hier herausgegriffen:

1. Die Entscheidung steht in direktem Widerspruch zu den eingangs ausgeführten und erst sechs Monate zuvor vorbehaltlos und vollinhaltlich bestätigten Entscheidungen des erkennenden Senats (vgl. BGH, EuZW 2018, 824 [826 Rn. 35]).

2. Dem Erfahrungssatz der kartellbedingten Marktpreiserhöhung dürfte nur äußerst selten entgegenstehen, dass Kartellanten die Kartelldisziplin nicht hielten. Eine solche Disziplinlosigkeit wäre bar jeder kriminellen und kaufmännischen Vernunft: Warum sollten Kartellanten, die sich angesichts bereits bestehender Absprachen einer Verfolgung durch die Kartellbehörden aussetzen, ihren Gewinn auf diese Art und Weise verspielen? Ohnedies spricht bei einem Ausscheren einzelner Kartellanten schon nichts dafür, dass gerade in diesem Fall der kartellfreie, kontrafaktische oder gar ein niedrigerer Preis gefordert werden würde.

3. Vorliegend handelt es sich um einen Altfall, auf den das GWB i.d.F. 8. GWB-Novelle anzuwenden war. In der zwischenzeitlich In-Kraft-getretenen 9. GWB-Novelle findet sich indes die Schadensvermutung in § 33 a II 1 GWB n.F. sogar als gesetzliche Vermutung in bewusster Anknüpfung an die oben ausgeführten Ansätze der Rechtsprechung (Begründung BReg, BT-Drs. 18/10207, 55) sowie in Umsetzung, und dies ist zu betonen, einer umfänglich vorbereiteten und wissenschaftlichen fundierten europäischen Richtlinie, die ebenfalls diese Schadensvermutung vorsieht (Art. 17 II RL 2014/104/EU, ABl. 2014 L 349, 1). Jene, dieser gesetzlichen Vermutung zugrunde liegenden, Vorarbeiten und die zukünftige Rechtslage wird durch den BGH mit keinem Wort erwähnt.

III. Praxisfolgen

Die praktischen Auswirkungen könnten sich gleichwohl in Grenzen halten.

1. Mit Blick auf die Rechtslage nach der 9. GWB-Novelle ist die vorliegende Entscheidung mit einem beschränkten Haltbarkeitsdatum (Anspruchsentstehung nach 26.12.2016, § 186 III GWB n.F.) versehen.

2. Die Karlsruher Richter lassen eine tatsächliche Vermutung zu; es ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Die Erleichterung durch den Anscheinsbeweis ist für den Kläger damit verloren. Er soll nach dem BGH nun zur Anzahl der Marktteilnehmer, die Zahl der an

* Dr. iur., LL.B., LL.M., Rechtsanwalt, Spieker & Jaeger PartG mbB, Dortmund; Universitätslektor, Karl-Franzens-Universität Graz; Lehrbeauftragter, Ruhr Universität Bochum; Fellow des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) sowie des European Law Institute (ELI).

den Absprachen beteiligten Unternehmen, deren Möglichkeiten zum für die Umsetzung der Absprachen erforderlichen Informationsaustausch, den Grad der Marktabdeckung sowie den Grad der Kartelldisziplin vortragen. Gerade letzteren Punkt kann der Kartellgeschädigte wohl nicht sinnvoll dartun, was kaum gegen ihn zu berücksichtigen sein dürfte; alle anderen Elemente ergeben sich i.d.R. aus dem Bußgeldbescheid. Es erscheint keineswegs ausgeschlossen, dass die befassten Instanzgerichte geneigt sein könnten, den obigen Anscheinsbeweis nunmehr gleichsam unter dem Etikett der tatsächlichen Vermutung weiterzuführen. *Nota bene* ist die Beweiswürdigung, zu der auch die tatsächliche Vermutung gehört, anders als der Anscheinsbeweis, der revisionsrichterlichen Überprüfung entzogen, § 559 II ZPO. ■

Beihilferecht: Steuerbefreiung von Grundeigentumsübergängen aufgrund eines Umwandlungsvorgangs innerhalb des Konzerns gewährt keinen selektiven Vorteil

AEUV Art. 107 I, 108 III; UmwG § 1 I; GrEStG §§ 1 Nr. 3, 6 a

Nach Art. 107 I AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Der EuGH hat im vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen durch den BFH festgestellt, dass die deutsche Steuerbefreiung von Grundeigentumsübergängen aufgrund eines Umwandlungsvorgangs innerhalb des Konzerns nach § 6a Grunderwerbssteuergesetz (GrEStG) zwar prima facie selektiv sei. Er ist jedoch zu dem Ergebnis gekommen, dass die Regelung keinen selektiven Vorteil begründet, weil sie durch das System der Grunderwerbssteuer inhärente Zwecke gerechtfertigt sei.

Tenor des Gerichts:

Art. 107 I AEUV ist dahin auszulegen, dass eine Steuervergünstigung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die darin besteht, dass der Übergang des Eigentums an einem Grundstück von der Grunderwerbsteuer befreit ist, wenn er aufgrund eines Umwandlungsvorgangs erfolgt, an dem ausschließlich Gesellschaften desselben Konzerns beteiligt sind, die während eines ununterbrochenen Mindestzeitraums von fünf Jahren vor und fünf Jahren nach diesem Vorgang durch eine Beteiligung von mindestens 95 % miteinander verbunden sind, die in dieser Vorschrift aufgestellte Voraussetzung der Selektivität des betreffenden Vorteils nicht erfüllt.

EuGH (Große Kammer), Urteil vom 19.12.2018 – C-374/17 (Finanzamt B/A-Brauerei)

Zum Sachverhalt: Das Urteil betrifft die Auslegung von Art. 107 I AEUV. Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem Finanzamt B (Deutschland) (im Folgenden: Finanzamt) und der A-Brauerei wegen der dieser Gesellschaft vom Finanzamt versagten Befreiung von der Grunderwerbssteuer, die nach deutschem Recht unter bestimmten Voraussetzungen Gesellschaften zugute kommt, die im Rahmen von Umwandlungsvorgängen innerhalb bestimmter Konzerne ein Eigentumsrecht an Grundstücken erwerben. Die A-Brauerei ist eine Aktiengesellschaft mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Sie hielt 100 % der Geschäftsanteile an der T GmbH, der mehrere Grundstücke gehörten und die ihrerseits Alleingeschafterin einer anderen Gesellschaft war. Mit Vertrag vom 1.8.2012 übertrug die T GmbH ihr Vermögen als Ganzes einschließlich der Grundstücke mit allen Rechten

und Pflichten im Rahmen einer Umwandlung im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme gem. § 1 I Nr. 1 i.V.m. § 2 Nr. 1 UmwG auf die A-Brauerei. An der Umwandlung waren nur diese beiden Gesellschaften beteiligt. Die Verschmelzung wurde mit der Eintragung im Handelsregister am 24.9.2012 wirksam. Zu diesem Zeitpunkt erlosch die GmbH, an der die A-Brauerei vor der Verschmelzung mehr als fünf Jahre lang zu 100 % beteiligt gewesen war.

Mit Bescheid vom 7.6.2013 verlangte das Finanzamt von der A-Brauerei die Zahlung von Grunderwerbssteuer. Diese werde von ihr geschuldet, weil der Übergang der Grundstücke der T GmbH als übertragender Gesellschaft auf sie als übernehmende Gesellschaft aufgrund der Verschmelzung der beiden Unternehmen und der damit verbundenen Übertragung des Gesamtvermögens der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft einen steuerbaren Erwerbsvorgang nach § 1 I Nr. 3 GrEStG darstelle, der nicht unter die Steuerbefreiung nach § 6a GrEStG falle. Mit Entscheidung vom 19.7.2013 wies das Finanzamt den Einspruch der A-Brauerei gegen diesen Bescheid mit der Begründung zurück, dass die T GmbH keine „abhängige Gesellschaft“ i.S.v. § 6a GrEStG sei, weil sie aufgrund der Verschmelzung untergegangen sei und daher die in § 6a aufgestellte Voraussetzung, wonach während einer gesetzlichen Nachbehaltensfrist von fünf Jahren ab dem steuerbaren Vorgang mindestens 95 % der Beteiligung zu behalten seien, nicht erfüllt sei.

Mit Urteil vom 14.10.2014 gab das FG Nürnberg der Klage der A-Brauerei gegen diese Entscheidung mit der Begründung statt, dass im vorliegenden Fall die Steuervergünstigung nach § 6a GrEStG zu gewähren sei (FG Nürnberg, BeckRS 2015, 94187). Das Finanzamt ging gegen dieses Urteil beim BFH in Revision. In einem Beschluss vom 25.11.2015 bestätigte der BFH die im ersten Rechtszug vorgenommene Auslegung von § 6a GrEStG mit der Begründung, dass die Voraussetzung einer Nachbehaltensfrist nur anwendbar sei, wenn sie bei der betreffenden Umwandlung auch tatsächlich eingehalten werden könne, was bei der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verschmelzung nicht der Fall gewesen sei, da diese zwangsläufig den Untergang der übertragenden Gesellschaft zur Folge gehabt habe. In diesem Beschluss befasste sich das vorlegende Gericht außerdem von Amts wegen mit der Frage, ob § 6a GrEStG unangewendet bleiben müsse, weil die mit dieser Vorschrift gewährte Steuervergünstigung als „staatliche Beihilfe“ i.S.v. Art. 107 I AEUV anzusehen sei und damit gegebenenfalls ein Verstoß gegen die Mitteilungs- und die Stillhaltepflicht aus Art. 108 III AEUV festzustellen sei.

In diesem Zusammenhang wies das BMF, das dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Verfahren beigetreten ist, darauf hin, dass die in § 6a GrEStG vorgesehene Steuervergünstigung der Europäischen Kommission nicht mitgeteilt worden sei und diese somit in Bezug auf die Steuervergünstigung auch kein Prüfverfahren eingeleitet habe. Das Ministerium hat jedoch unter Hinweis auf das Urteil des EuG vom 7.11.2014 in der Rs. Autogrill España/Kommission (EuG, ECLI:EU:T:2014:939 = BeckRS 2014, 82407 – Autogrill España/Kommission [Rs. T-219/10]) geltend gemacht, dass es sich bei der in Rede stehenden Vergünstigung nicht um eine „staatliche Beihilfe“ i.S.v. Art. 107 I AEUV handle, da es nicht möglich sei, die begünstigten Unternehmen anhand ihrer spezifischen Eigenarten als privilegierte Gruppe zu kennzeichnen, so dass die in dieser Vorschrift aufgestellte Voraussetzung der Selektivität nicht erfüllt sei. Unter diesen Umständen hat der BFH das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH seine Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt (BFH, NZG 2017, 951 (Ls.) = DStR 2017, 1324).

Der EuGH hat nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts (Saugmandsgaard Øe, ECLI:EU:C:2018:741 = BeckRS 2018, 22111) wie aus dem Tenor ersichtlich entschieden.

Aus den Gründen: [18] Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 107 I AEUV dahin auszulegen ist, dass eine Steuervergünstigung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die darin besteht, dass der Übergang des Eigentums an einem Grundstück von der Grunderwerbsteuer befreit ist, wenn er aufgrund eines Umwandlungsvorgangs erfolgt, an dem ausschließlich Gesellschaften desselben Konzerns beteiligt sind, die während eines ununterbrochenen Mindestzeitraums von fünf Jahren vor und fünf Jahren nach diesem Vorgang durch eine Betei-